

日本民法・商法における権利の期間制限(二)

——実体法上の権利の構造論を根底に据えて——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに 四四卷三号
- 二 従来の期間制限論の問題点と、その解決方法(一)——期間制限に関する諸概念の不明確さを解消する必要性——
- 三 従来の期間制限論の問題点と、その解決方法(二)——消滅時効と除斥期間の区別基準の動揺——
- 四 従来の期間制限論の問題点と、その解決方法(三)——消滅時効・除斥期間という概念を明確にする必要性と、その方法——
- 五 所有権の論理構造と取得時効
- 六 債権の論理構造と消滅時効、および時効制度の統一的構成
- 七 時効の中断と援用
- 八 援用権の取得・行使・撤回・放棄・信義則に基づく行使不能(いわゆる援用権の「喪失」)
- 九 時効をめぐる特殊問題の考察
- 一〇 形成権の論理構造と除斥期間・出訴期間
- 一一 債権(請求権)と除斥期間、および消滅時効と除斥期間の違い
- 一二 むすび

二 従来の期間制限論の問題点と、その解決方法(一)

1 期間制限に関する諸概念の不明確さを解消する必要性

一 私権の期間制限に関する重要な問題の一つに、消滅時効と除斥期間の区別、即ち両者は「何が」どのように「違うのか」という問題がある。

民法起草者は、民法に「時効による」と明記してあれば消滅時効であり、そのような記載がなければ除斥期間(失権期間・予定期間)であるとして、ドイツ民法と同じように形式的な基準によつて区別していた。^(四一)

というよりも、ドイツ民法や民法学に倣つて、消滅時効と除斥期間を峻別し、除斥期間は、民法第一編第六章時効の第一節総則や第三節消滅時効に規定されているのは正反対の性質・内容をもつ期間制限と解されていた。^(四二)

しかし、次章で紹介するように、現在では上記の形式的な区別基準や、除斥期間を消滅時効とは正反対の性質・内容をもつ期間制限と解する峻別の法理は維持されなくなっている。にも拘わらず、形式的な区別基準や峻別の法理に代る新しい区別基準や区別理論を見出せないどころに、私権の期間制限に関する最大の理論的問題がある。このような問題が発生している直接の原因は、消滅時効や除斥期間という法制度・法概念が精確に規定されていないことにある。しかし、これらの期間制限と「権利の存続期間」や「出訴期間」との区別を明確にすることなく、消滅時効や除斥期間についても「権利の存続期間」として説明したり、「除斥期間」と「出訴期間」の区別が曖昧であるところにも、その遠因があるように思われる。^(四三)

注(四〇) 法務大臣官房司法法制調査部監修・法典調査会民法議事速記録一・日本近代立法資料叢書1「商事法務研究会・一九八三年」四〇

九頁以下、梅 謙次郎・訂正増補民法要義 卷之一「有斐閣書房・一九〇八年」三七〇頁。

(四一) 日本民法を制定した当時のドイツ民法、およびドイツ民法学における時効や除斥期間については、川島武宜・注(二)注民法(五)一頁以下、岡本 坦・注(二)注民法(五)一頁以下・一七三頁以下・二六八頁以下、吾妻光俊「私法に於ける時効制度の意義」法学協会雑誌四八巻二号(一九三〇年)一七頁以下、右近健男「ドイツ法の時効制度の概略」手形研究三二九号(一九八一年)一九頁以下、同「ドイツ法上の時効制度の概略」手形研究四七五号(一九九三年)三一頁以下、半田吉信「時効期間と除斥期間の分化過程」ドイツ普通法を中心に「法律時報五五巻三号(一九八三年)一四頁以下、橋本恭宏「ドイツにおける除斥期間論」現況の概観」法時五五巻三号二頁以下、藤原弘道「時効と占有」[日本評論社・一九八五年]七九頁以下。

なお、二〇〇二年の改正法につき、松本克美「民法七二四条前段の時効起算点」現実認識時説から規範的認識時説へ「立命館法学二八六号(二〇〇二年)二六五頁以下、同「民法七二四条後段の『不法行為の時』と権利行使可能性」筑豊じん肺訴訟最高裁二〇〇四年判決の射程距離」立命館法学三〇七号(二〇〇六年)一八二頁以下、半田吉信・ドイツ債務法現代化法概説[信山社・二〇〇三年]五五頁以下、石松 勉「除斥期間論の運命」ドイツにおける新消滅時効法を素材として「法学新報一一〇巻一」二二合併号(二〇〇三年)八五頁以下、加藤敬介「ドイツにおける新たな消滅時効法」関西大院・法学ジャーナル七七号(二〇〇五年)一頁以下、片山英一郎「ドイツ消滅時効法」早大院・法研論集一一九号(二〇〇六年)五七頁以下、齋藤由起「ドイツ新消滅時効法」改正時の議論を中心に「NBL八八一号(二〇〇八年)六〇頁以下、大川謙蔵「ドイツにおける消滅時効と除斥期間の関係についての研究」わが国における除斥期間概念に対する示唆として」近畿大学法学五七巻一号(二〇〇九年)一四三頁以下。

(四二) ドイツ民法における消滅時効と除斥期間の区別については、前掲・注(四一)の半田・一九頁、橋本・二三頁、大川・一五三頁以下。

(四三) 同旨、石松・注(四)法時増刊号一一三頁、同・注(三九)岡商法叢九号七八頁、同・注(四二)新報一一〇巻一」二二合併号九〇頁、同「ドイツの除斥期間とわが民法」法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)一〇頁、椿 寿夫「権利消滅期間をめぐって」問題提起のための準備書き」法律論叢六九巻三」四」五合併号(一九九七年)一一八頁、同「民法学における幾つかの課題」法学教室二二六号(一九九九年)六七頁、同「除斥期間論に関する一つの視点」特集の序説を兼ねて「法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)四頁以下・八頁、同「除斥期間論の展開」法律時報七二巻一一号(二〇〇〇年)七頁、同「除斥期間の一義性」法時七二巻一一号四九頁。なお、中倉寛樹「除斥期間と消滅時効の区別基準」法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)二〇頁。

(四四) この点については、新井敦志「除斥期間論再考」『速やかな権利行使の促進』「公益性」に関して「高島平蔵教授古稀記念」民法学の新たな展開[成文堂・一九九三年]九四頁以下、芦野訓和「除斥期間と近似の期間」法律時報七二巻一一号(二〇〇〇年)五三頁以下。

二 民法二六八条・二七八条・三六〇条・六〇四条は地上権や永小作権・不動産質権・賃借権の存続期間について定めているが、権利の存続期間というのは、その権利を行使していると否とを問わず、この期間内しか権利は存在することが出来ず、期間の満了によって権利は消滅することになる期間である。あるいは、民法五八〇条の買戻期間のように、この期間内に権利を行使すれば買戻権は消滅するが、それを行使しない場合にも消滅する例もある。民法二六八条などとは異なり、五八〇条には「存続期間」という表現はない。したがって、この買戻期間は形成権の除斥期間であるとする説もあるが、除斥期間についても援用が必要であるとする私見(第一〇章参照)からすれば、この期間を除斥期間とするのは妥当でない。

右に挙げた例のほかに、責任の存続期間として扱われているものがある。例えば、有斐閣の六法全書・平成二三年版の民法六三七条の見出しは、「請負人の担保責任の存続期間」となっている。さらに、有斐閣発行の民法の注釈書の六三七条の見出しも、「担保責任の存続期間」となっている。そして、本条の注釈では「この期間は、^(四六)売主の担保責任の存続期間と同様に除斥期間と解されている」という説明がなされており、存続期間と除斥期間の区別はなされていない。

このような概念の曖昧な使い方は、民法六三七条に関して見られるだけでなく、民法五六四条や五六条三項の売主の担保責任を追求する権利の期間制限に関する学説にも見られるところである。^(四七)

この他にも、除斥期間と存続期間を区別しないで使っている例は、^(四八)珍らしいことではない。しかも、除斥期間と存続期間という概念の混乱は、ドイツの学説においても見られるところであり、^(四九)両者を区別する必要があることは、夙に川島博士が指摘されていたところである。^(五〇)そして、川島博士が指摘されているように「権利の存続期間」という表現が紛らわしいものを含むことは、他の民法学者も承認するところである。^(五一)

にも拘わらず、「なぜ」右に見たような混乱が続いているのであろうか。その原因は、消滅時効期間や除斥期間を「権

利を行使しうる期間」として、制限期間が経過する前の段階だけを説明するに止まり、期間が経過する前後の事態をトータルに捉えて、統一的に説明していないからではないかと思われる。

権利の存続期間には「更新」ということはあっても(民三六〇条二項、六〇四條二項)、中断や援用はない。したがって、次章や第一〇章で検討するように、除斥期間にも中断を認めたり、援用が必要であるとする見解からすれば、消滅時効期間や除斥期間と存続期間は区別する必要があり、両者が並存・両立しうるのかのように考えることは出来ない。

注(四五) 買戻期間の法的性質に関して学説の対立があることにつき、芦野・注(四四)法時七二卷一一号五四頁以下。なお、民法五

八〇条制定の経緯については、田中志津子「買戻期間」民法五八〇条「椿 寿夫」三林 宏編著・権利消滅期間の研究「信山社・二〇〇六年」三八八頁以下。

(四六) 幾代 通編・注釈民法(四)「有斐閣・一九六七年」二二五頁以下「内山尚三」、幾代 通「広中俊雄編・新版注釈民法(四)「有斐閣・一九八九年」一五四頁以下「内山尚三」。

(四七) 坂本武憲「瑕疵担保に基づく権利の法的性質——形成権的構成のための一試論」専修法学論集九七号(二〇〇六年)一一頁以下。

(四八) 星野・注(二)論集(四)二九七頁注(三)、川名兼四郎・民法総則全(改訂増補版)「金刺芳流堂・一九〇三年」五〇九頁、中島玉吉「除斥期間及ヒ出訴期限」民法論文集「金刺芳流堂・一九二三年」四七五頁、吾妻光俊「除斥期間」末弘嚴太郎「田中耕太郎編・法律学辞典第二卷」岩波書店・一九三五年」一三九二頁・一三九三頁、中川善之助「身分権と時効」身分法の総則的課題——身分権及び身分行為——「岩波書店・一九四一年」三四頁「初出・法学新報五〇周年記念論文」中央大学・一九四〇年」、末弘嚴太郎「時効期間の逆算」民法雑誌(上巻)「日本評論新社・一九五三年」二〇八頁、舟橋諄一「民法総則」弘文堂・一九五四年・一七〇頁、山中康雄「除斥期間」末川 博編「民事法学辞典上巻」有斐閣・一九六〇年」一〇一五頁、我妻 栄・新訂民法総則「岩波書店・一九六五年」四三七頁・四三八頁・四九八頁(なお、四〇三頁・四九九頁)、鈴木禄弥「民法総則講義・改訂版」創文社・一九九〇年」二六六頁、加藤雅信・民法総則「有斐閣・二〇〇二年」四一三頁・四一七頁、近江幸治「民法総則」第六版「成文堂・二〇〇八年」三七二頁・三九三頁。

除斥期間はいわば「権利の寿命」とされる、河上正二「民法総則講義」日本評論社・二〇〇七年」五三二頁・五九二頁も、除斥期

間と存続期間を区別しない見解といえるであろう。なお、右に例示した以外にも除斥期間と存続期間を区別しない学説はあ
るが、この点については、芦野・注(四四)法時七二巻一一号五六頁注(7)・注(10)参照。

(四九) 橋本・注(四一)法時五五巻三二頁。なお、ドイツ民法制定前の学説において、期間制限に関する概念が混乱していた
ことにつき Grawert, N. 39, S. 22f.

(五〇) 川島武宜「時効および除斥期間に関する一考察」民法解釈学の諸問題「弘文堂・一九四九年」一六七頁(初出・民商法雑誌一
巻五号「一九四〇年」。なお、川島・前掲注(二)注民(五)一五頁以下、同・民法総則「有斐閣・一九六五年」五七三頁。因に、川島・
総則五七六頁は、裁判上行使すべき権利の行使期間を権利の存続期間とされ、出訴期間や手続期間との区別はされていない。
(五一) 幾代・通・民法総則「第二版」(青林書院・一九八四年)六〇二頁注(三)。なお、柳沢・後掲注(五三)名城四一巻一号二〇〇頁。

三 後掲・注(二二〇)の平成元年・最高裁判決は、①民法七二四条後段の二〇年は「請求権の存続期間を画一的に定め
たもの」②除斥期間③請求権の消滅(援用不要)④信義則違反または権利濫用の余地なし、とい
う論理構成をしている。この論理と、民法五八〇条の期間経過による買戻権消滅の主張は信義則上許されないとし
た、最判・昭和四五年四月二日・判例時報五九四号六二頁は、なじみ難いとする見解がある。^(五二)

民法五八〇条は買戻権の存続期間を定めた規定であり、期間の経過により買戻権は法律上当然に消滅する。これ
に対して、除斥期間は「請求権の存続期間を画一的に定めたもの」ではないから、期間の経過により、法律上当然に
権利が消滅するとは出来ない。だとすれば、買戻権の消滅については、その主張を必要とせず、したがっ
て信義則違反の問題は発生しない。これに対して、民法七二四条後段の期間経過につき、その旨の主張が必要であ
るとする立場からは、権利濫用ないし信義則違反が問題となり得るのであり、右の判例の見解とは正反対の論理構
成になる。

平成元年の判決は、③の部分が最も問題であるが、除斥期間を存続期間と同一視する①の部分も問題である。^(五三)こ
の部分は上告理由が民法七二四条後段の二〇年の期間は権利の存続期間を定めたもので、除斥期間と解すべきであ

るとしているのに引き摺られたものと思われるが、この間違いを正しておかないと、③の部分を考え直す障碍になる。

注(五二) 松久三四彦「不法行為賠償請求権の長期消滅規定と除斥期間」法律時報七二巻一(二〇〇〇年)四二頁。

(五三) この混同を問題とする論稿として、柳沢秀吉「判例研究 不法行為責任に関する二〇年の期間制限」名城法学四一巻一号(一九九一年)一九九頁以下。

なお、松本克美「民法七二四条後段『除斥期間』説の終わりの始まり」『除斥期間』説に基づき判例を統一した最判89年の再検討」立命館法学三〇四号(二〇〇五年)三二六頁以下は、二〇年期間が「請求権の存続期間」を定めたと解する法的根拠はどこにあるのであろうかとされる。

因に、東京地判・平成一七年五月二七日・判時一九一七号七〇頁は、民法七二四条後段は請求権の存続期間を画的に定めたもの、すなわち除斥期間とする。さらに、東京高判・平成二〇年一月三二日・判タ一二六八号二〇八頁も、除斥期間は請求権の存続期間を画的に定めたものとする。

四 出訴期間(提訴期間)という概念は、民法四二六条や七七七条・七八七条、会社法八二八条以下のように、訴えによつて行使すべき権利について、訴えを提起すべき期間を指しており、他の権利制限に関する期間概念と混同する虞はないように思われる。

しかし、民法四二六条は「時効によつて消滅する」と規定している。そして、民法の注釈書の中には本条の見出しを「詐害行為取消権の消滅時効」とした上で、「判例は、短期2年、長期20年ともに時効期間と解しているようであるが、長期20年は、行為の時から起算され、かつ中断がありえないので、学説は一般に除斥期間と解している」という解説を加えたものがある^(五四)。

本条の前提となる民法四二四条一項は「法律行為の取消を裁判所に請求することができる」としている。したがっ

て、詐害行為取消権や、この訴えの法的性質を、どのように解するにせよ、民法四二六条の短期・長期のいずれの期間も出訴期間であり、この期間内に訴えを提起しなければ訴訟要件を充たすことが出来ず、この期間経過後に訴えても却下されることになる。

出訴期間は、この期間内に権利を行使しなければならないという点では、実体法上の権利行使期間としての除斥期間と共通している。しかし、後者は裁判外での権利行使期間であるのに対して、前者は訴えによる権利行使の期間・訴えを提起すべき期間という点で異なっており、両者は区別する必要がある。

会社法八三一条一項に相当する商法旧二四七条一項・二四八条一項は、株主総会決議取消の訴えを提起するには決議後、三ヶ月以内に行うべき旨を定めていた。二四八条に関する注釈の見出しは「訴え提起期間」とされているが、その解説では、この期間を株主等の決議取消権の「存続期間」とすると同時に「除斥期間」とするものがあつた。^(五五)

注(五四) 奥田昌道編・注釈民法(10)「有斐閣・一九八七年」八七六頁・八七八頁「下森 定」。

なお、民法四二六条の長期期間を除斥期間とする説が学説の大勢であることについては、林 幸司「詐害行為取消権の長期消滅規定と除斥期間」法律時報七二巻一・一〇〇〇年三三五頁・三八頁注(一)、同「詐害行為取消権の二重の権利消滅規定と除斥期間論」駒沢大学法学論集六三号(二〇〇一年)三頁・八頁注(七)。

因に、民法(債権法)改正検討委員会編・詳解・債権法改正の基本方針(1)序論・総則「商事法務・二〇〇九年」四二〇頁は、詐害行為取消権の期間制限を「絶対的な出訴期間」として構成する案を示している。

(五五) 詐害行為取消権や取消の訴えの法的性質に関する諸学説については、下森・注(五四)注民(10)七八五頁以下・八三五頁、同「債権者取消権に関する一考察(二)」法学志林五七巻三・四合併号(一九六〇年)一九九頁以下、同「詐害行為取消権の法的構成」加藤一郎・米倉 明編・民法の争点II「有斐閣・一九八五年」四八頁以下、林 錫璋「債権者取消権」星野英一ほか編・民法講座第四巻「有斐閣・一九八五年」一四四頁以下、佐藤岩昭「詐害行為取消権の法的構成」内田 貴「大村敦志編・民法の争点」有斐閣・二〇〇七年「二〇一頁以下。

(五六) 上柳克郎・鴻 常夫・竹内昭夫編・新版注釈会社法(5)「有斐閣・一九八六年」三五六頁以下「岩原紳作」。なお、奥島孝康ほか

編・新基本法コンメンタール 会社法3「日本評論社二〇〇九年」三六八頁三七〇頁「小林 量」は、会社法八三一条の三箇月を「提訴期間」とすると同時に「除斥期間」としている。

五 占有権に基づく返還請求や妨害排除請求は、必ずしも訴訟によって行う必要はなく、裁判外において行うことが出来る。というよりは、国家権力(裁判所)の手を借りずに、先ず裁判外において行うのが一般的であろうし、これが第一次的な権利行使の形態である。

しかし、裁判外での権利行使が実を結ばない場合には裁判所の手を借りるほかはない。その場合に関して、民法二〇一条一項は占有保持の訴えは妨害が存在している間、または妨害が止んだ後、一年以内に提起すべき旨を定め、同条三項は占有回収の訴えにつき占有を奪われた時から一年以内に提起しなければならないと規定している。

本条の一年という出訴期間も訴訟要件であって、裁判外で行使できる権利の期間制限としての除斥期間ではない。にも拘わらず、民法二〇一条の注釈として、「出訴期間という意味での除斥期間を定めたものである」という説明をするものがある。^(五七)さらには、占有保持や回収は裁判によって行わなければならないかのような説明をした上で、民法二〇一条の期間を除斥期間と解するものも見られる。^(五八)

しかし、裁判所の手を借りて紛争を解決し、権利を実現するための訴訟要件としての「出訴期間」と、裁判外で行使することが出来る権利の行使期間としての「除斥期間」は区別する必要がある。民法二〇一条は、後者の裁判外で行使する権利の期間制限としての「除斥期間」を定めているのではなく、裁判外における紛争解決・権利実現が望めない場合に、裁判所の手を借りるために遵守しなければならない手続期間としての「出訴期間」を定めた規定である。

因に、人間の自由・平等、人間の尊厳を最高の理念とする近代社会では、市民の暴力行使は禁じられ、社会の秩序を維持するために必要とされる物理的強制力は国家が独占することになっている。そのために、市民の自力救済は

原則として禁止され、国家による救済が間に合わない場合にだけ、例外的に許されると説かれている。しかし、暴力を行使しない紛争の解決・権利実現も自力救済に入ると考えるならば、自分の権利は自分で守り、自分で実現する自力救済こそが原則であり、国家の強制力に頼るのは、自力救済では埒があかない場合の補助手段としてである。^(五九)

にも拘わらず、この原則と例外を逆転して、国家や国家規範を第一義的とし、市民社会や社会規範を第二義的とし、市民社会と国家の関係や社会規範と国家規範の区別・連関性を見誤るために、占有保持や保全・回収は裁判によってなされなければならないかのような説明がなされ、除斥期間と出訴期間の混同が生じることになる。

市民相互間の権利は、国家規範上の権利として認められる以前に、先ず社会規範上の「権利」として発生しており、これを国家が、そのまゝ承認したり、修正したりして国家規範に採り入れ、市民が自力によって実現しえない場合に、国家権力が実現に手を貸す際の基準裁判規範とするのである。占有権も、国家規範上の占有権として認められる以前に、まず社会規範によって認められており、占有権侵害があれば、社会規範上の占有権に基づいて妨害の予防や排除・物の返還を請求し、それでは埒があかないときは、民法二〇一条の制約の下に占有の訴えを行うことになる。

なお、占有を奪われた場合、民法二〇一条三項によると一年の出訴期間を経過した後は、裁判を起して占有を回復することは出来なくなるが、裁判外において自主的に占有を回収することも出来なくなる。というのは、占有を奪われて一年も経過すると、占有を奪われた者は社会規範上の占有権を失う反面、占有を奪って、物を現実支配・管理している者の方が社会規範上の占有権を認められるからであって、占有を奪われた者の権利行使期間としての除斥期間が経過したからではない。裁判外で物の返還を請求し続けていても、返還してもらえないまま、月日が経てば、社会規範上の占有権は消滅してしまう。したがって、この期間は社会規範上の占有権が侵奪された後の「存続期間」ということにもなる。

それは扱措き、除斥期間と出訴期間との間に明確な区別をしないどころか、両者を同一視して除斥期間を出訴期間とする見解を妥当とする説がある。^(六二)さらに、「出訴期間というのは、消滅時効期間や除斥期間と並ぶ第三のカテゴリーに属する期間ではなくて、時効期間・除斥期間内において権利を行使する場合には、訴訟の方法をとらねばならないことを、示すもの」であり、前掲注(五七)の広中説のように「出訴期間という意味での除斥期間」ないし「消滅時効期間の意味をもつ出訴期間」を語することは十分に可能であり、かつ、そうすることが妥当とする見解さえ主張されている。^(六三)

しかし、出訴期間と消滅時効期間・除斥期間は、訴訟要件なのか、それとも実体法上の権利行使期間に止まり、期間の経過は実体法上の権利そのものに反映して来るのかという違いがある。つまり、出訴期間を経過した後の訴えは訴訟要件を充足していないので、裁判官の職権によって却下される。これに対して、消滅時効期間や除斥期間を経過した後の訴えは、請求を棄却される。しかも、時効の場合には当事者の援用がなければ、裁判所は時効による裁判をすることは出来ないのである。^(民一四 五条)そして、第一〇章で論じるように、除斥期間の場合にも当事者の援用を必要とする立場では、この期間経過後に訴えた場合、出訴期間の経過とは異なり、当事者の援用なしに裁判官が職権で判断を下すことは出来ないことになる。

注(五七) 川島武宜編・注釈民法(7)「有斐閣・一九六八年」一九五頁「広中俊雄」。なお、川島武宜『川井健編・新版注釈民法(7)「有斐閣・二〇〇七年」二七〇頁・二七二頁・二七二頁「広中俊雄・中村哲也」は、出訴期間の制限・訴えの提起期間とする。

この他に、吾妻・注(四八)岩波法律学辞典Ⅱ一三九二頁、山中康雄・民法^(総論・総則)「法律文化社・一九七八年」一四八頁は、民法二〇一条の期間を除斥期間とされ、出訴期間との区別はされない。

(五八) 鹿野菜穂子「時効と除斥期間」別冊NBL一二二号(二〇〇八年)四八頁。なお、鹿野教授は占有訴権などの行使期間を「短期待期間」として分類される(前掲同所)。

(五九) 拙著・注(一七)所有権一五五頁以下。

(六〇) 拙著・注(一七)所有権一五六頁以下。

(六一) 山中・注(四八)民法辞典上一〇一五頁。

(六二) 石田喜久夫「消滅時効と除斥期間」法学セミナー三二八号(一九八二年)一二三頁。

六 私権の期間制限に関する諸概念の混乱は、最近、始まったことではなく、わが国の民法学の創草期や発展期において、既に見られたところである。

例えば、川名博士は「除斥期間ハ權利存続ノ期間ニシテ除斥期間ノ定メアル權利ハ其期間ノ滿了ニ因リテ消滅スルコトヲ豫定セラル」ものであるとして、^(六三) 除斥期間は存続期間と同一視されている。

中島玉博士は、ドイツの学説には出訴期限の觀念がないことに注意を喚起した上で、^(六四) 消滅時効と除斥期間・出訴

期限を区別する必要性を強調されるものゝ、^(六五) 除斥期間と本来の存続期間、即ち民法二六八条や二七八条・六〇四条で

使用されている存続期間との区別はなされていない。したがって、たとえ權利を行使していても、除斥期間の滿了

により權利は消滅するとして、^(六六) 除斥期間を存続期間と同じように解される。しかし、除斥期間内に權利を行使すれば、制限期間は遵守されているのであるから、目的達成によつて消滅することはあつても、期間の滿了によつて權利が消滅することはない。にも拘わらず、中島博士は、このような捉え方はされない。

そして、中島博士は、裁判上行使する必要がある權利に対して出訴期限を付したときは、除斥期間を定めたのと同じ作用をする^(六七)とされる。つまり、出訴期間の滿了により、裁判中であつても權利は消滅すると解されている。

除斥期間と存続期間の区別がないことに加えて、裁判外において權利を行使する際の除斥期間と裁判上行使すべき權利の出訴期間の区別がないために、右のような誤解が生じているわけである。

裁判外で行使できる形成権と裁判により行使しなければならない形成権の違いを考えるならば、裁判外で行使で

きる権利の期間制限としての除斥期間と、裁判によって行使しなければならない権利の出訴期間の違いも明らかになり、さらには除斥期間や出訴期間と存続期間の違いも明らかになったのではないかと思われる。

しかし、ゼツケルの形成権理論^(六八)、しかも「裁判上行使を要する形成権」は例外とする理論^(六九)が、石坂博士によって日本に紹介されたのは一九〇七年のことである^(七〇)。民法起草時は形成権という概念を十分に意識していたかどうかは疑わしいとされ^(七一)、わが国では形成権という概念は簡単には定着しなかったとされる状況^(七二)の下では、裁判外の形成権と裁判上の形成権の違いを理解することなど、望むべくもないことであつた。

さらに、日本民法の起草者が当時、どれほど明確な予定期間のイメージを持っていたのか、必ずしも明らかではないという状況の下では、消滅時効と予定期間の区別すら困難であつたに違いないし、私権の制限期間に関する諸概念を明確に区別することは一層、困難であつたと思われる。

注(六三) 川名・注(四八)五〇九頁。

(六四) 中島(玉)・注(四八)四六九頁。

(六五) 中島(玉)・注(四八)四七四頁以下・四七八頁以下。

(六六) 中島(玉)・注(四八)四七五頁・四七六頁。

(六七) 中島(玉)・注(四八)四九三頁。

(六八) Seckel, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin: zum 50 jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des wirklichen geheimen Rats Dr. Richard Koch, 1903, S.205ff. 本論文の翻訳として、後藤 清「ゼツケル 民法上の形成権」(一)(五・完)「法律及政治五巻五号」九号(一九二六年)。

ゼツケル理論の紹介として、後掲・注(七〇)の石坂論文のほかに、永田真三郎「形成権概念の成立過程」関西大学法学論集二 三巻四・五「六合併号」(一九七四年)二一〇頁以下、小野秀哉「形成権の発展と私権の体系」二橋法学三巻三号(二〇〇四年)二四頁以下。

(六九) 高瀬・注(一六)日法七一巻二号一二三頁以下。

(七〇) 石坂音四郎「形成権・私権ノ新種類」『民法研究第一巻・訂正再版』有斐閣書房・一九一三年「四一頁以下(初出・京都法学会雑誌二巻一〇号「一九〇七年」)。

(七一) 金山直樹「民法一六六条一項・一六七条(消滅時効)・一七三条・一七四条(短期消滅時効)」『広中俊雄』星野英一編『民法典の百年』有斐閣・一九九八年「三九七頁。小野・注(六八)一橋三巻三号一三頁は、民法起草者は必ずしも請求権との区別を認識せず、「請求権」について述べるにとどまるとされる。

(七二) 高瀬・注(一六)日法七一巻二号一〇九頁。

(七三) 新井敦志「フランスの予定期間論とわが民法」『法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)一五頁。

七 除斥期間は権利そのものの存続期間であるとされる我妻博士は、これに続けて「除斥期間は、権利の行使に着手されるまでの期間となし、その期間内に訴を提起すればよいと解するのが正当であろう」とされる。^(七五)したがって、除斥期間と存続期間の区別のみならず、出訴期間の区別も無視されることになる。

裁判上行使すべき権利と明記されていない、したがって裁判外で行使できる権利であるにも拘わらず、我妻博士が除斥期間内の提訴を要求されるのは、民法一二六条や五六四条・五六六条三項・五七〇条・六〇〇条・六二一条(旧六二二条・六三七条一項など)に関して、判例が採る次のような構成を妥当ではないと判断されたことに基づいている。つまり、判例の立場は、除斥期間内に裁判外で取消権や解除権を行使した場合に発生する不当利得返還請求権・原状回復請求権、あるいは除斥期間内に裁判外で請求した損害賠償請求権は、民法一六七条一項の消滅時効にかゝるまで保全ないし保存されるとして^(七六)いる。しかし、このような構成では長期間にわたって請求権が存在しうることに^(七七)なり妥当ではないし、一年の除斥期間の定めがある場合には「特に速やかな解決を意図した立法趣旨に反することになる。したがって、このような不都合を解消するために、我妻博士は上記のような提案をされたわけである。

実用法学の観点からすれば、迅速な紛争解決のための提案として、傾聴に値するものであろう。しかし、理論法

学の観点からいえば、請求権(債権)を消滅時効に服させるのではなくて、除斥期間に服させ、しかも提訴を要求する根拠を明らかにする必要がある。とりわけ、民法二〇一条や四二四条のような明文の規定もないのに、出訴期間とする根拠づけは重要であり、除斥期間と出訴期間を区別することなく、両者を同一視する根拠を明らかにすることから始めなければならない。

なお、判例は我妻説の提案を受け容れていない。その理由として、訴訟による解決を躊躇する日本人の国民性を考慮していること^(七)や、取消原因や解除原因の有無と不当利得の範囲をめぐる紛争は争点を異にし、それら全てについての交渉を短期の除斥期間内に行うことは現実的に無理である^(七九)ということも考慮しているからであろうといわれている。

除斥期間についても時効の停止に関する規定を類推適用し(第三章六節・七節参照)、さらに当事者が交渉している間は時効は完成しない(時効期間は満了しない)、あるいは時効期間は進行しないという具合に民法を改正するならば^(八〇)、民法五六四条などが規定している一年という期間が短かすぎるという難点は解消されるかも知れない。しかし、国民が裁判所を利用するのは精神的にも、経済的にも容易ではないという難点は解消されないであろう。

そして、「訴訟による早期解決のみを眼中に置いている」我妻説の考え方による場合には、「時効期間を語る余地はまったく存しない」という不満^(八一)に應えることは出来ないまゝである。

注(七四) 我妻・注(四八)総則四三八頁。

(七五) 我妻・注(四八)総則四三八頁。

(七六) 民法五六四条につき、大判・昭和一〇年一月九日・民集一四卷一八九頁、最判・昭和四八年七月一二日・民集二七卷七号七八五頁(但し、起算点が争点)。本件の評釈として、広瀬久和・民法判例百選Ⅱ第五版(二〇〇一年)一一〇頁以下。

民法五六条三項・五七〇条につき、最判・平成四年一〇月二〇日・民集四六卷七号一一二九頁。本件の評釈として、半田吉

信・判例評論四一五号(一九九三年)四〇頁以下(判例時報一四六一号二〇二頁以下、松岡久和・民商法雑誌一〇九巻一号(一九九三年)一〇五頁以下、鎌田 薫ジュリスト一〇二四号・平成四年度重要判例解説(一九九三年)八三頁以下、塩月秀平・法曹時報四六巻七号(一九九四年)一四二頁以下、田山輝明・私法判例リマックス八号(一九九四年)五七頁以下など。

民法六〇〇条・六二二条(現六二二条につき、大判・昭和八年二月八日・民集一二巻六〇頁。

因に、民法五六六条三項・五七〇条に關して、最判・平成一三年一月二七日・民集五五巻六号一三一頁は、瑕疵担保責任としての損害賠償請求権は買主が瑕疵を知った時から一年の除斥期間に服するのみならず、目的物の引渡を受けた時から一〇年の消滅時効(第六七)に服するとした。本件を素材とした瑕疵担保責任の期間制限に關する論稿として、三林 宏「瑕疵担保責任の期間制限に關する一考察」最一小判平成一三年一月二七日を素材として「立正法学論集三七巻一号(二〇〇三年)一二五頁以下。本件の解説・評釈については、三橋・前掲論文一三〇頁注(3)参照。

なお、瑕疵担保責任の期間制限に關する判例については、三林・前掲論文一三三頁以下、坂本・注(四七)専修九七号二四頁以下、織田博子「判例に關する除斥期間」法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)二五頁以下。

(七七) 我妻・注(四八)総則四三八頁なお四〇四頁以下・四三九頁、同・債權各論中巻(一)「岩波書店・一九五七年」二七九頁、同・債權各論中巻(二)「岩波書店・一九六二年」六四二頁。同旨、山中・注(四八)民事法學辭典上二〇一五頁、柚木 馨編・注釈民法(14)「有斐閣・一九六六年」一四九頁・二五八頁「柚木 馨 高木多喜男編・新版注釈民法(14)「有斐閣・一九九三年」四〇八頁以下「柚木 馨 高木 穰・民法總則「悠々社・一九九二年」五三四頁。その他に、我妻説を支持する説については、新井・注(二)立正三八巻二七〇頁注(44)参照。

瑕疵担保責任の期間制限に關する學說については、柚木 高木・前掲注民法(14)一四六頁以下、柚木 高木編・前掲新注民法(14)二一六頁以下「高橋 眞」、坂本・注(四七)専修九七号一頁以下参照。

(七八) 川島・注(五〇)総則五七七頁。同旨、半田・注(七六)判評四二五号四六頁以下、同「遺留分減殺請求権の期間制限」法律時報五五巻四号(一九八三年)五二頁、同「担保責任の再構成」三嶺書房・一九八六年「三八八頁」なお、五六頁、松岡・注(七六)民商一〇九巻一号一一三頁。

(七九) 内田 貴・民法I「第二版」東京大学出版會・一九九九年「三一五頁。法律行為の取消および契約解除に關して同旨、武川幸嗣「原状回復に關する消滅時効」取消權と解除權を中心に別冊NBL一二二二二(二〇〇八年)九四頁・九六頁。

(八〇) ドイツの新法二〇三条は交渉を時効の停止事由としているが、この点については、前掲・注(四一)の、加藤・関大法院法學ジャーナル七七号二三頁、片山・早大法院法論集一一九号六六頁以下、齋藤・NBL八八号六五頁。フランスにつき、金山

直樹「加藤雅信」加藤新太郎「時効の過去・現在・未来を語る」判例タイムズ一二五一号(二〇〇七年)二五頁〔金山〕、金山「香川・後掲注(八二)NB L八八一号七五頁」。

なお、日本民法においても交渉を停止事由にする旨の改正提案として、松久・注(二)NB L八八七号八一頁、金山ほか・注(三)法時八二巻五号一〇二頁以下、加藤雅・注(二七)判タ一二八一号二九頁、松本克美「消滅時効の起算点・中断・停止の立法について」前掲・注(四)法時増刊一〇四頁以下、日本私法学会シンポジウム資料「時効研究会による改正提案」NB L八八七号(二〇〇八年)八一頁。

民法(債権法改正検討委員会編・詳解 債権法改正の基本方針(3) 契約および債権一般(2)「商事法務」二〇〇九年)二一六頁以下は、債権者と債務者間における、債権に関する協議をする旨の合意を、債権時効期間の進行の停止事由とする旨の提案および解説をしている。

(八二) 石田(喜)・注(六二)法セミ三二八号一二二頁。

八 ドイツの学説に関して、除斥期間と存続期間を区別する必要性を指摘された川島博士は「前掲・注(五〇)参照」、日本民法の時効制度は訴権時効とするフランス民法や、消滅時効を請求権の時効とするドイツ民法を参考にしていうこと^(八二)で、これらの外国の時効制度に倣って、訴権的請求権の消滅時効と除斥期間を区別されている^(八四)。

しかし、除斥期間も消滅時効と同じように、裁判所の保護・救済を受けるための期間であり、訴訟法的意義を有するものとされ、裁判外における権利の行使によって法律効果を発生させる実体法上の権利行使期間とは解されない。そして、裁判外において行使しうる形成権に適用される除斥期間を「純実体法的除斥期間」とし、この期間内に形成権を行使することによって、純実体法的権利が保存されると説かれている^(八五)。

そのために、ドイツの学説に関しては、権利が存続できる期間としての本来の存続期間と、裁判外における権利行使期間としての除斥期間を区別する必要性を指摘されていたにも拘わらず、川島博士自身の説明でも両者の区別は曖昧になっている。

さらに、裁判上行使すべき形成権について「形成権（訴権）の時効」を認め、訴訟によつての目的を達成しうべき形成権に除斥期間が規定されている場合を、「本来の意味における除斥期間」「訴権的な除斥期間」とされる。^(八六)

つまり、時効にかゝるのは訴訟による保護によつてのみ目的を達しうるが如き権利に限るとし、^(八七)時効という制度は、その外形における純実体法的構成にも拘わらず、訴権法的性質を極めて濃厚に持つ制度であり、訴権の時間的制限を目的とする制度とされる川島説^(八八)の下では、裁判外で行使できる形成権は「純実体法的除斥期間」に服し、裁判上行使すべき形成権は「本来の意味における除斥期間」「訴権的除斥期間」に服するという区別をされる。その上で、後者の除斥期間は「裁判所の訴訟的保護を求め得る期間」として時効とその作用を分つており、権利関係を速やかに確立せしめる作用を持つとされる。^(八九)

川島説にいう「本来の意味における除斥期間」「訴権的除斥期間」は、私見にいう「出訴期間」に相当するが、川島説では「出訴期間」という概念の出番がなくなっている。そのために、「除斥期間」と「出訴期間」の区別・連関性が擱めなくなっている。つまり、川島説では裁判外で行使できる形成権と裁判上行使すべき形成権、および、その行使期間である「純実体法的除斥期間」と「本来の意味における除斥期間」「訴権的な除斥期間」は峻別されてしまい、両者の間に関連性があることは認められなくなっている。

なお、川島説は権利の期間制限を、①訴権的請求権の消滅時効、②除斥期間、③存続期間の三つに区別したとする説がある。^(九〇)しかし、本節において指摘したように、②と③の区別は明確ではない。そのために、民法七四五条（七四七条・七六四条・八〇七条・八〇八条・八一二条の権利のように、裁判所を介して行使すべき権利の行使期間を、^(九一)権利の存続期間にはかならないとされている。①と②の区別につき、川島博士は民法四二六条の短期期間は訴権請求権の期間たる時効期間であるが、長期期間は債権者取消権という訴権の期間である除斥期間であるとして区別される。^(九二)しかし、同じ債権者取消権という権利の行使期間が、短期か長期かによつて「なぜ」法的性質を異にするのか、

その理由は必ずしも明確ではない。^(九三)のみならず、両者が出訴期間としては同じ性質を有するにも拘わらず、このことには全く言及されない。

このように、川島説においても、期間制限に関する諸概念の区別は明確ではない。つまり、右の①②③の区別が明確であるとは、いい難いだけでなく、右の三つの概念だけで十分なのかということも問題である。そして、何よりも問題なのは、日本民法の制度をドイツ法やフランス法に倣って構成することである。

注(八二) 二〇〇八年に改正される前のフランス民法の時効や予定期間については、藤原・注(四一)六〇頁以下、新井・注(七三)法時七二巻七号一三頁以下、野田良之・前掲注(二)注民(五)一七頁以下・一七〇頁以下・二六四頁以下、高橋康之「フランス法の時効制度の概略」手形研究三一九号(一九八一年)二四頁以下、同「フランス法上の時効制度の概略」手形研究四七五号(一九九三年)三六頁以下、上井長久「フランスの除斥期間論」法律時報五五巻四号(一九八三年)五八頁以下、金山直樹・時効理論展開の軌跡「民法学における伝統と変革」信山社出版・一九九四年「三三二頁以下、同「時効」北村一樹編「フランス民法典の二〇〇年」有斐閣・二〇〇六年「四五七頁以下。

なお、二〇〇八年の改正法については、金山直樹「香川 崇」フランス時効法改正の動向―混沌からの脱却の試み」NBL八八一号二〇〇八年七一頁以下。

(八三) ドイツの時効制度については、前掲注(四一)参照。

(八四) 川島・注(五〇)諸問題一五六頁以下。

(八五) 川島・注(五〇)諸問題一六六頁以下。

(八六) 川島・注(五〇)諸問題一七八頁以下。

(八七) 川島・注(五〇)諸問題一六四頁。

(八八) 川島・注(五〇)諸問題一六六頁以下。

(八九) 川島・注(五〇)諸問題一七八頁以下。

川島説を要約・紹介された三藤博士は、民法二〇一条のように請求権に付せられた除斥期間は純実体法的な除斥期間とは異なるものであり、むしろ時効と同様に、請求権ないし訴権の裁判所の保護・救済を受けるための期間と解すべきであり、期間

の中断・停止を認めない固定期間であるという点で時効と異なるとされる「三藤 正」時効と除斥期間」法学教室一期八号（一九六三年）五二頁。

（九〇） 伊藤 進「法律行為取消権の期間制限1」法律時報五五卷三号（一九八三年）三九頁。

（九二） 川島・注（五〇）総則五七六頁。

（九二） 川島武宜・債権法総則講義 第一「岩波書店・一九四九年」七三頁以下。

（九三） 川島・注（九二）七四頁は、「長い方の期間は、権利の不安定状態に終止符をうつことを目的としているのであり、したがって、それは、もはや「中断」によって延長され得ない絶対的の期間と解すべきものと考える」とされている。しかし、本条の場合、短い方の期間にも「中断」は考えられない。

九 その後、川島博士は、訴権ないし裁判所における請求権の行使を一定期間に限定する制度として、消滅時効のほかに除斥期間があるという前提の下に、わが国の学説を次のように批判されている。つまり、わが国の学者は時効や除斥期間について、実体法上の権利そのものだけを問題にしている。しかし、実体法上の権利を制限する期間一般を意味するものとして除斥期間という言葉を用いるならば、予め契約によって定められた賃借権の期間のごときも除斥期間に含まれることになる、と批判される。^{（九四）}

この批判の最後の部分は、除斥期間と存続期間を区別すべきことを示唆しており、その限りにおいて妥当である。さらに、「除斥期間を権利の存続期間として説明するのは正確ではない」とされる点も妥当である。しかし、「除斥期間は権利の行使を限定する期間である。すなわち、その期間内に権利の一定の行使があれば、その権利は存続することとを予定されている。この点で、除斥期間は時効と類似する」とされる内容にも問題はあがあるが、この文章に続けて、「したがって、除斥期間を権利の存続期間として説明するのは正確ではない」という文章が来るために、全体の文脈が支離滅裂になっており、除斥期間の中身も分かり辛いものになっている。

というのは、裁判外で行使できる形成権は、除斥期間内に裁判外で行使されると、目的を達成して消滅してしま

い、川島博士が説かれているように「存続することを予定されている」わけではない。株主総会決議取消権(会八三二)のように裁判上行使すべき形成権にしても、出訴期間内に訴えを起して、これを行使すると、裁判外の形成権のように目的を達成して消滅することはないが、「存続することを予定されている」わけでもなく、原告の決議取消の主張が妥当か否かを判定する手続が繰り広げられるにすぎない。

したがって、裁判外の形成権に対する除斥期間にしろ、裁判上の形成権の出訴期間にしろ、権利行使期間という点では時効と類似しているが、権利を行使した場合の効果の点では時効と類似していることは出来ない。

なお、「除斥期間は時効と類似する」点があるとしても、この文章と「除斥期間を権利の存続期間として説明するのは正確ではない」という文章を、「したがって」という接続詞で繋ぐのも妥当ではない。「除斥期間は権利の行使を限定する期間」であって、権利の存続期間ではない、と端的に言えば済むことである。

川島博士は、裁判上行使すべき権利の行使期間内に、その権利が裁判上行使されるときは、「その目的を達するのであるから、裁判上の行使によって権利が『保存』される」という法律効果の存在の余地がない。したがって、それらの行使期間は権利の存続期間にほかならない」とされる。^(九七)裁判上行使すべき権利の行使期間の例として、家族法上の取消権の期間制限が列挙されているが、これらの期間は出訴期間ないし手続期間であって、権利の存続期間ではない。したがって、川島博士が「したがって」という接続詞を用いて二つの文章を繋がれている趣旨を理解することが出来ない。

要するに、川島説においても除斥期間と存続期間・出訴期間の区別が明確ではない。除斥期間を権利の行使を限定する期間とされる点は間違ではないが、消滅時効期間も権利の行使を限定する期間なのであるから、これでは除斥期間と消滅時効期間の区別はつかない。

このことは川島博士も自認されるところである。^(九八)そこで、博士は両者の違いを法定証拠か否かという訴訟法上の

要素に求め、そこから援用の要否と中断の有無・遡及効という違いを導き出されている。^(一九九)しかし、法定証拠可否かということが、消滅時効と除斥期間の区別基準になるのか否かは問題である。というのは、時効という制度を法定証拠を作る制度と捉えることが妥当か否かが大問題だからである。

注(九四) 川島・注(五〇)総則四三〇頁以下・四三四頁。

(九五) 川島・注(五〇)総則五七三頁。

(九六) 川島・注(五〇)総則五七三頁(圈点筆者)。

(九七) 川島・注(五〇)総則五七六頁。

(九八) 川島・注(五〇)総則五七四頁。

(九九) 川島・注(五〇)総則五七四頁以下。

一〇 以上の検討から分かるように、私権の期間制限に関して、わが国においても存続期間・時効期間・除斥期間・出訴期間という概念が、明確に区別されないまま使われている状態が続いており、期間制限論が混乱する一因をなしている。その原因は、従来の学説が、これらの法概念について十分な分析を行い、精確な定義づけをしていないところにある。

時効と法定期間の本質的な区別がなされることなく、これらの概念の混同が時効の本質を探求する上で大きな障碍をなしているので、時効の研究のためには、時効と法定期間の区別をする必要があることを見逃すべきではない、という指摘が夙になされていた。^(一〇〇)そして、ドイツの学説は概して法定期間と除斥期間を概念的に明確に区別することなく、両者を合わせて除斥期間または法定期間と呼んで、これと消滅時効を対比しているにすぎない、^(一〇一)とも紹介されていた。

したがって、私権の期間制限に関する諸概念の中身を分析した上で精確な定義づけを行うことにより、これらの諸概念を明確に区別・連関づける作業が必要とされていたし、今日でも必要とされているのである。^(一〇二)

なお、民法には権利の存続期間や時効期間・除斥期間・出訴期間のほかに、次のような期間が定められている。①法人の登記手続期間(民四五条一項三項)、②外国法人の登記手続期間(民四九条一項)、③抵当権消滅請求手続書面の送付を受けた債権者の競売申立通知期間(民三八条)、④相続の承認または放棄をすべき期間(民九一条一項)、⑤限定承認者の相続債権者および受遺者に対する公告および催告期間(民九二条一項)、⑥相続財産管理人による相続債権者および受遺者に対する請求申立の公告期間(民九五条一項)、⑦家庭裁判所による相続人搜索の公告期間(民九五条八条)などである。

これらの期間を徒過した場合の効果は、前記の四つの期間を徒過した場合とは異なっている。したがって、これらの期間は「手続期間」として、前記の四つの期間とは区別する方が、四つの期間概念を明確にする上で有意義である^(一〇三)と考える。

これに対して、出訴期間や手続期間を除斥期間に含ませる見解や、出訴期間と手続期間を合わせて「不変除斥期間」^(一〇四)とする見解がある。しかし、これでは除斥期間や出訴期間という概念を明確にして、期間制限に関する諸概念が混乱している現在の状況から脱却することは出来ないように思われる。

注(一〇〇) 吾妻・注(四一)法協四八巻二号四頁・五〇頁。

(一〇一) 岡本・注(四一)注民(五)一九頁。なお、ドイツ民法制定前の学説において、期間制限に関する概念が混乱していたことにつき、前掲・注(四九)の文献参照。

(一〇二) 椿・注(四三)法論六九巻三・四〇五合併号一三六頁。

(一〇三) 一部同旨、新井敦志「消滅時効に関する一考察(一・完)」消滅時効制度の実体法的合理化の観点から」立正法学論集四三巻二号(二〇一〇年)二一頁。「除斥期間の議論を分かりやすくするため」とされる。

(一〇四) 半田・後掲注(二〇)民商一〇三卷一号一三六頁以下・一五三頁以下。

(一〇五) 金山直樹「除斥期間と消滅時効の将来像」法律時報七二卷一一号(二〇〇〇年)五八頁以下。

一一 「出訴期間」とは、①民法四二六条や会社法八二八条以下のように、訴えをもって裁判上行使しなければならない権利を行使する場合、および②民法二〇一条のように、裁判外においても行使できる権利を裁判上行使する場合に、提訴できる期間として定められている期間である。したがって、消滅時効期間や裁判外で行使できる権利の行使期間である除斥期間と混同する虞はないはずである。

権利の「存続期間」という概念は、本章第二節で述べたように、①権利を行使しているか否かを問わず、一定の期間しか権利は存在することが出来ず、その期間が満了すれば法律上当然に権利が消滅することになる期間、あるいは②一定の期間内に権利(形成権)を行使すれば当然に権利は消滅するが、権利を行使しなくても期間満了により権利が消滅することになる期間である。

したがって、時効のように中断や援用ということが問題になる余地はなく、消滅時効期間との違いは明白である。また、①の存続期間と権利を行使すべき期間としての除斥期間との違いも明らかである。しかし、除斥期間について、これまでの通説のように中断はないし、援用も必要とせず、期間の満了によって権利は当然に消滅すると解するならば、除斥期間と②の存続期間は重なり合うことになる。

それ故に、②の存続期間である民法五八〇条の買戻期間を除斥期間とする説が登場するわけである〔前掲・注(四五)参照〕。したがって、従来の除斥期間の捉え方が正しいのかということが、消滅時効との関係においてだけでなく、②の存続期間との関係においても問われているのである。

消滅時効と除斥期間の区別は、民法制定当初は「時効によって消滅する」という文言が法文に明記されているか否

かという、形式的な基準によって行われていた(本章第一節参照)。そして、債権(請求権)だけでなく、形成権も消滅時効にかゝるのは当然のこととされており、何ら問題にされることはなかった。^(一〇六) そのことは、民法一二六条が取消権について「時効によって消滅する」と明記していることから明らかである。^(一〇七)

しかし、民法制定後に、ゼツケルによって体系化された形成権理論が導入されるに及んで(本章六節参照)、形成権も消滅時効にかゝるとする考え方に對して疑問が懷かれるようになった。というのは、形成権は一旦行使されると、その目的を達成して消滅してしまい、形成権の時効中断ということとは考えられないからである。^(一〇八)

そして、ドイツ民法の下では消滅時効にかゝるのは請求権だけであつて^(一〇九)、^(新)民法一九四條、義務者への給付請求という内容を持たない形成権が消滅時効にかゝることはなく、^(一一〇)除斥期間に服するとされ、請求権は消滅時効にかゝり、形成権は除斥期間に服するという峻別理論が形成されていた。^(一一一) このようなドイツの學說の影響も加わつて、わが国においても、中断ということが有りえない形成権は消滅時効にかゝることはなく、除斥期間に服するという考えが通説となつた。^(一一二) しかし、次章で見るように、この峻別理論が揺らいでいるのである。

他方、判例の方は右の學說の影響を受けることなく、民法制定当初の區別基準を維持しているかのようである。^(一一三) しかし、消滅時効と除斥期間の峻別を疑問視し、民法七二四條前段が「時効によって消滅する」と明記した後を受けて、後段が「不法行為の時から二十年を経過したときも、同様とする」と記しているにも拘わらず、後段の期間を除斥期間と解する學說の影響を受けて、判例の方も揺らいでいることは、次節および次章において紹介するとおりである。

注(一〇六) 金山・注(七一)百年II三七〇頁は、「『形成権と時効』という問題設定自体、民法典は意識していなかったというべきであろう」とされる。

(一〇七) 梅・注(四〇)三四頁は、民法一二六条は「取消権ノ時効」を定めるものなりとして、わざわざ圈点を付しており、四一七頁以下では、民法一二六条・四二六条などを特別時効についての特別の規定としている。

富井政章・^{増註}民法原論第一巻総論(大正一一年合冊復刻版)「有斐閣・一九八五年」六七六頁は「取消権、解除権ノ如キモ消滅時効ノ目的タルコトヲ得」と説くに止まる。

民法一二六条の立法過程については、金山・注(七一)百年II三七〇頁以下。

(一〇八) 吾妻・注(四一)法協四八巻二五三頁以下、中川・注(四八)三三頁、我妻・注(四八)総則四三九頁、川島・注(五〇)諸問題一五七頁、同・注(五〇)総則四四二頁など。Vgl. Seckel, N. 68 S. 229. 石坂・注(七〇)五一頁。

(一〇九) Seckel, N. 68 S. 215 u. 230. 石坂・注(七〇)四七頁以下。

(一一〇) 橋本・注(四一)法時五五巻三三二頁以下、小野・注(六八)一橋三巻三三八頁。なお、後掲・注(一一四)の本文参照。

(一一一) 改正前のドイツ民法の下で請求権に対し、例外的に除斥期間が認められたことにつき、橋本・注(四一)法時五五巻三三二頁。ドイツの改正民法は形成権が消滅時効に服する場合があることを認めている。この点については、後掲・注(一一六)の本文参照。

(一二二) 吾妻・注(四一)法協四八巻二五五頁以下(なお、二〇頁以下)、我妻・注(四八)四三八頁以下・四九六頁、舟橋・注(四八)一八一頁、鈴木・注(四八)二六七頁、近江・注(四八)三三三頁・三九三頁、川島・注(五〇)諸問題一七二頁以下、同・注(五〇)総則四四二頁・五四三頁、幾代・注(五一)六〇二頁以下、内田・注(七九)三一五頁、四宮和夫・民法総則(第四版補正版)「弘文堂・一九九六年」三三一頁「補注」。

このような考え方に対して、河上・注(四八)五八三頁は中断可能性だけが時効期間と除斥期間を分かち性質と考える必要はないとされ、五三三頁では形成権には中断がないから除斥期間と一概に論じるのは危険とされる。これと同趣旨のことは、夙に、伊藤・後掲・注(一二四)法時五五巻四号一〇頁で述べられていた。

(一二三) 北川善太郎・注(二)注民(五)三〇五頁、椿・注(四三)法時七二巻七号六頁、新井敦志「判例を素材とした除斥期間に関する一考察(1)」酒田短大研究論集九号(一九九四年)八三頁以下。

一二 形成権は時効にかゝらないとするゼッケル説「前掲・注(一〇九)の根拠は、この権利が請求権ではないという形式的な理由だけで、その実質的な理由は必ずしも明確でなく、請求権と形成権の性質の違いは、せいぜい期間の短

縮や多様性の承認につながるものであっても、完全な否定までが帰結されるわけではない、という見解が登場している。^(一四)さらに、形成権は消滅時効にかゝらないとする通説に対して、最近では、形成権についても消滅時効による規制も可能であるとする説が見られるようになった。^(一五)そして、ドイツの改正民法四八三条一項は、形成権(瑕疵に基づく解除権および減額権)について、消滅時効に服することを明文化している。^(一六)

形成権(例えば、取消権や解除権)を行使した効果として発生する債権(不当利得返還請求権・原状回復請求権)ではなくて、この債権(請求権)の発生源となる形成権そのものが消滅時効にかゝるのかという問題については、債権(請求権)の消滅時効について考察した後で検討することにして(第二〇章参照)、本節と次節において、債権(請求権)は消滅時効にかゝるだけで除斥期間に服することはないとする峻別論は、日本民法の下では採られていないことを確認しておく。

売主の担保責任を追求する買主の権利として、解除権や代金減額請求権・損害賠償請求権が認められており、これらの権利行使には一年という期間制限が付されているが(民五六三、以下)、この期間は除斥期間と解されている。^(一七)また、請負人に対して注文主は解除権や瑕疵修補請求権・損害賠償請求権を認められるが(民六三四条、以下)、これらの権利行使についても一年の期間制限があり(民六三、七条)、これも除斥期間と解されている。^(一八)

これらの条文を形式的に読むと、解除権や代金減額請求権・瑕疵修補請求権のような形成権だけでなく、損害賠償請求権という債権も除斥期間に服することになる。右の期間を除斥期間と解する理由がどのようなものであれ、結果的には、「時効によって消滅する」と明記していない限り予定期間である、としていた民法起草者の考えが維持されていることになる。

しかし、ここで理論的に問題になるのは、(1)これらの条文は、形成権も債権(請求権)も一年の除斥期間に服すると定めているのか。(2)いずれの権利も一年の除斥期間にかゝるのだとすれば、①形成権と債権(請求権)が等しく除斥期

間に服する場合の共通の要素は「何か」。つまり、除斥期間に服して消滅する形成権と債権（請求権）の間に、「どのような」共通の要素があるのか。②債権（請求権）が消滅時効にかゝる場合と、除斥期間に服する場合では、「何が」どのように「違うのか、ということである。この問題は、要するに、消滅時効と除斥期間は「何が」どのように「違うのかという」ことに帰着する問題である。

注(一一四) 小野・注(六八)一橋三卷三三三頁。

(一一五) 新井・注(一〇三)立正四三卷二二頁・二六頁注(83)、同「形成権についての期間制限の構造に関する一考察(1)」酒田短大研究論集一六号(一九九六年)七一頁。

なお、中川・注四八三四頁は、形成権にも時効と除斥期間の二種類の期間制限があるとされていた。

(一二六) 石松・注(四二)新報一一〇卷一「二合併号八八頁。

(一二七) 民法五六四条の期間の法的性質に関する判例・学説については、柚木・注(七七)注民(四)一四六頁以下、高橋・真・注(七七)新注民(四)二一六頁以下。

(一二八) 民法六三七条の期間の法的性質については、内山・注(四六)注民(四)一二六頁(但し、除斥期間と存続期間の区別はされていない)、同・注(四六)新注民(四)一五五頁。

因に、最判・昭和五一年三月四日・民集三〇卷二四八頁は、民法六三七条一項の期間は除斥期間であるとした上で、民法五〇八条の類推適用を認めている。本件の評釈については、後掲・注(二〇八)参照。

一三 不法行為による損害賠償請求権について、民法七二四条前段は「被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時から三年間行使しないときは、時効によって消滅する」とし、後段は「不法行為の時から二十年を経過したときも、同様とする」と定めている。にも拘わらず、後段の長期期間を除斥期間と解するのが通説とされており、起草者の考えには従っていない。^(一一九)そして、最近では判例も除斥期間説を採用している。^(一二〇)

しかし、除斥期間説を採用した最高裁判決に対しては批判的な評釈が多い。というのは、平成元年の最高裁判決

は除斥期間については当事者の援用は要しないのであるから、援用権の濫用や信義則違反は問題にならないとした。さらに、平成一〇年の最高裁判決は民法一五八条の法意に照らして、民法七二四条後段の効果が生じない場合があることを認めるものの、後段の長期間の法的性質や、後段の適用要件については平成元年の判決と同じ構成を採っているからである。

そのために、不法行為の時から二〇年が経過した後提訴した場合に、除斥期間説では時効説に比べて被害者救済の途が狭まることになる。したがって、除斥期間説を採る判例に批判的な学説は時効説を採っており、最近の時効説の方が有力であるとされている。^(二二二)そして、民法七二四条に関する立法提案として、後段の長期間は消滅時効期間であることを明言する旨の提案がなされている。^(二二三)

紛争を解決する上で妥当な結果を導き出すための提案をすることは、法解釈学の重要な役割りである。したがって、法文の文言に忠実な解釈をしたのでは妥当な結果が得られないということで、従来の解釈を変更したり、これとは逆に、変更された解釈では妥当な結果を導き出せないということで、従前の解釈に戻す必要性は、法律の実務家や実用法学者であれば容易に理解するであろう。しかし、法律の素人にとつて、このような変遷をする法律学の学問性が疑わしくなるだけでなく、「法律学は黒を白と言いくるめる詭弁の技術学だ」というイメージを払拭することが出来ないであろう。

法律学は実用のための技術学であるだけでなく、きちんとした理論に基礎づけられた学問であることを示すためには、被害者救済という目的を達成し易いか否かを基準にして、時効説と除斥期間説の間を行きつ戻りつする前に、消滅時効や除斥期間という概念そのものを見直して、理解を深める作業が必要なのではあるまいか。

つまり、民法七二四条後段の長期間を除斥期間と解するにせよ、消滅時効期間と解するにせよ、前節において指摘したように、債権(請求権)が消滅時効に服する場合と除斥期間に服する場合とで、「何が」どのように「違うのか、

さらに、債権(請求権)を消滅時効に服させるのか、除斥期間に服させるのかを決める基準は何か、という問題を明らかにするための基礎理論を構築した上で、この基礎理論(原理・原則)を一つの指針としながら、紛争の妥当な解決をもたらすために例外や特則を認めたり、原理・原則の適用を制限する必要がある場合には、そのための実践的な解釈を選択し、その選択の理由を説明する必要がある。そして、このような法的実践の基礎となる理論を築くためには、消滅時効や除斥期間という概念の中身を精確に規定しなければならない。さもなくば、原理・原則のない、場当り的な小理屈の寄せ集めとなりかねない。

注(一一九) この点については、柳沢・注(五三)名城四一巻一号一七九頁以下、椿 寿夫「消滅時効と除斥期間」手形研究三一九号(一九八一年)一一頁以下、新美育文「不法行為損害賠償請求権の期間制限1・2完」法律時報五五巻四号(一九八三年)二七頁以下、五号(一九八三年)一〇九頁以下、松久三四彦「民法七二四条の構造——期間二起算点の視角」星野英一先生古稀祝賀・日本民法学の形成と課題下「有斐閣・一九九六年」一〇一五頁以下、河野・後掲注(一二〇)法曹四三巻七号一一七頁以下。

(一二〇) 最判・平成元年二月二日・民集四三巻二二二〇九頁、最判・平成一〇年六月二二日・民集五二巻四号一〇八七頁。なお、最判・昭和五四年三月一日・裁判集民事二二六号二四三頁、最判・平成二年三月六日・裁判集民事一五九号一九九頁。

平成元年判決の評釈として、柳沢・注(五三)名城四一巻一号一五五頁以下、松本・注(五三)立命三〇四号三一八頁以下、同時効と正義「消滅時効・除斥期間論の新たな胎動」日本評論社・二〇〇二年「三八七頁以下(初出・ジュリスト九五九号)」「九九〇年」、半田吉信・民商法雑誌一〇三巻一号(一九九〇年)一一三頁以下、松久三四彦・ジュリスト九五七号・平成元年度重要判例解説(一九九〇年)八三頁以下、采女博文・鹿児島大学法学論集二六巻二二二(一九九一年)一六一頁以下、徳本伸一・判例評論三九三号(一九九一年)二六頁以下(判例時報一三九四号一八八頁以下)、内池慶四郎・私法判例リマックス2(一九九一年)七八頁以下、大村敦志・法学協会雑誌一〇八巻二二二(一九九一年)二二〇頁以下、河野信夫・法律時報四三巻七号(一九九一年)一一頁以下。

平成一〇年判決の評釈として、松本・前掲・時効と正義三九八頁以下(初出・法律時報七〇巻一一号(一九九八年))、春日通良・ジュリスト一一四二二号(一九九八年)九〇頁以下、吉村良一・法学教室二一九号(一九九八年)五一頁以下、櫻見由美子「時効と除斥期間」法学教室二二五号(一九九九年)二七頁以下、半田吉信・判例評論四八一号(一九九九年)二五頁以下(判例時報一六六

一号一八七頁以下)、大塚・直・ジュリスト一一五七号・平成一〇年度重要判例解説(一九九九年)八二頁以下、石松 勉・岡山商大論叢三五卷一号(一九九九年)一八三頁以下など。

なお、民法七二四条後段の長期期間に関する判例の研究として、松久・注(五二)法時七二卷一四四頁以下、同「民法七二四条後段の起算点及び適用制限に関する判例法理」山田卓生先生古稀記念論文集・損害賠償法の軌跡と展望「日本評論社・二〇〇八年」四七頁以下、徳本伸一「民法七二四条における長期二〇年の期間制限の性質について」金沢法学二七卷一・二合併号(一九八五年)二二七頁以下、内池慶四郎・不法行為責任の消滅時効「民法七二四条論」成文堂・一九九三年一八一頁以下・二一五頁以下、同「近時最高裁判決と民法七二四条後段の二〇年期間」法学研究七三卷二号(二〇〇〇年)一八五頁以下、石松 勉「民法七二四条後段の二〇年の期間制限に関する判例研究序説」(二二)三・完)「性質論を中心として」岡山商大法学論叢二号(一九九四年)四一頁以下・三号(一九九五年)一一一頁以下・四号(一九九六年)八三頁以下。

(二二) 松久・注(五二)法時七二卷一四四頁、同・注(一一)星野古稀下一〇一五頁・二〇一六頁、同「消滅時効」新・現代損害賠償法講座第一卷「日本評論社・一九九七年」二八六頁、石松・注(二二)岡商論叢三五卷一四二頁、および一八八頁注(四)・一八七頁注(五)参照。

なお、平成元年の最高裁判決以降の学説の状況については、采女博文「民法七二四条後段をめぐる学説の動向について」ハセン病訴訟と時効「鹿児島大学法学論集三六卷一号(二〇〇一年)二頁以下。

(二二二) 加藤雅之「損害賠償権の消滅時効」不法行為を中心に「別冊NBL一二二号(二〇〇八年)七六頁・七八頁、松本・後掲・注(二五五)法時八一卷一三三頁。

(二二三) 経済学部に就職した当初は同僚から「法学は学問なのか」と尋ねられたり、「法律学者は黒を白という」などと言われたことがある。法学は、他の学問分野の人達からは、このように見られていることに留意する必要がある。なお、法律学の学問としての特殊性については、川島・注(五)発展二頁以下。

一四 民法七二四条と同じように、民法一二六条や四二六条・八八四条・九一九条三項・一〇四二条は短期・長期の二重の期間制限を設け、短期については「時効によって消滅する」と明記し、長期については「同様とする」と定めている。

これらの二重期間制限規定については、①民法起草者の考え方に従って、短期・長期ともに消滅時効期間とする

説、②短期・長期ともに除斥期間とする説、③短期は消滅時効期間、長期は除斥期間とする説、④短期は除斥期間、長期は消滅時効期間とする説が考えられる。そして、(i)形成権を行使した結果、発生する請求権については、請求権が発生した時から独自の消滅時効が始まるとする説、(ii)形成権を行使した結果、発生する請求権を含め、全体として除斥期間に服するとする説、(iii)この期間内に訴えの方法によって権利を行使しなければならないとする説などに分かれている。^(二四)

二重の期間制限規定に関する、このような理論状況を前にして、消滅時効と除斥期間は両極化して捉えるだけで足りるものであろうか、という反省の弁が出されてから、かなりの歳月が流れた。^(二五)にも拘わらず、右の理論状況に変化は見られない。したがって、請求権・形成権と消滅時効・除斥期間との《結びつき方》は、権利消滅期間をめぐる法律理論としては主要課題の最たるものの一つである、^(二六)という問題提起が改めて行われている。

請求権は消滅時効にかゝり、形成権は除斥期間に服するという峻別の法理が崩壊しているのであれば、請求権・形成権と消滅時効・除斥期間の《結びつき方》を理論的に考え直すためには、まず何よりも、消滅時効と除斥期間という概念を精確に規定した上で、両者の間に、どのような異質性と共通性があるのかを検討することが必要になる。

このような検討作業をしておかなければ、二重の期間制限の法的性質を考える手掛りを掴むことが出来ない。とりわけ、短期は消滅時効で長期は除斥期間とする説や、それとは逆に、短期は除斥期間で長期は消滅時効とする説は、「なぜ」そのような区別をするのか、ということではなく、「なぜ」そのような区別をすることが出来るのか、ということを理論的に説明することは出来ないであろう。つまり、結果の妥当性を求める実用法学の観点からの説明は出来ても、基礎理論に裏付けられた説明をすることは出来ないであろう。^(二七)

注(二四) 民法二二六条については、於保不二雄編・注釈民法(4)[有斐閣・一九六七年]二九一頁以下[奥田昌道]。

民法四二六条については、下森・注(五四)注民(10)八七八頁。

民法八八四条については、中川善之助編・注釈民法(24)「有斐閣・一九六七年」一〇三頁以下[泉 久雄]、中川善之助「泉 久雄編・新版注釈民法(26)「有斐閣・一九九二年」一一九頁以下[泉]」。

民法九一九条三項については、谷口知平編・注釈民法(25)「有斐閣・一九七〇年」三四四頁[谷口]、谷口知平「久貴忠彦編・新版注釈民法(27)「有斐閣・一九八九年」四五四頁[谷口]」。

民法一〇四二条については、中川善之助編・注釈民法(26)「有斐閣・一九七三年」四〇二頁以下[高木多喜男]、中川善之助「加藤永一編・新版注釈民法(28)補訂版「有斐閣・二〇〇二年」五二四頁以下[高木多喜男]」。

二重の期間制限規定の解釈学説を概観した論稿として、伊藤・注(九〇)法時五五卷三三三頁以下、同「法律行為取消権の期間制限?」・完「法律時報五五卷四号(一九八三年)八頁以下、椿 寿夫(「時効期間と除斥期間―二重期間規定論」序説)「法律時報五五卷三号(一九八三年)八頁以下」。

なお、二重期間に関する学説・判例を検討した上で、改正提案を行う論稿として、片山直也「権利の性質と二重期間―詐欺行為取消権・相続回復請求権および遺留分減殺請求権の期間制限を中心に」別冊NBL一二二号(二〇〇八年)九八頁以下。

(一二五) 椿・注(一二四)時報五五卷三三三頁一一頁。

(一二六) 椿・注(四三)法時七二卷一一号六頁。

(一二七) 一部同旨、林・注(五四)法時七二卷一一号三五頁、同・注(五四)駒法六三三頁以下。

〔未完〕